DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

PRAVIS ET IRRATIONA-BILIBUS CONSVETUDINIBUS

QVAM

AUXILIANTE SUPREMI NUMINIS GRATIA

EX DECRETO ET AVTORITATE MAGNIFICI AC NOBILISSIMI JCTORVM ORDINIS IN ILLVSTRI ACADEMIA IVLIA

PRÆSIDE

DN. IOHANNE EICHELIO ICTO
AC PANDECTARUM PROFESSORE PUBLICO
CELEBERRIMO, JURIDICÆ FACULTATIS HODIE DECANO,
ET DICASTERII VVOLFERBYTANI ASSESSORE GRAVISSIMO, PATRONO ATQVE PROMOTORE
SUO ÆTERNUM VENERANDO.

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE PRIVILEGIIS, HONORIBUS AC INSIGNIBUS DOCTORALIBUS CONSEQVENDIS

BIBLIOTECA NAZ. ROMA

PVBLICE ET SOLENNITER VENTILANDUM PROPONIT

IACOBUS LEMBKEN HANNOVERANUS.

IN NOVO JVLEO

AD DIEM IX. FEBRUARII HORIS ANTE
ET POMERIDIANIS.

HELMESTADII,
Typis HENNINGI MULLERI, Acad. Typ.
Anno CIϽ IϽ C LXV.

SERENISSIMI PRINCIPIS
AC DOMINI

DN. AUGUSTI

DUCIS BRUNSVICENSIUM AC LVNEBVRGENSIVM

CANCELLARIO ET SANCTIORI CONSILIARIO

VIRO

Magnifico, Nobiliſsimo, Ampliſsimo & Conſultiſsimo

DN. HERMANNO HOPFENERO

JCto & Oratori longè Celeberrimo

Domino Affini, Patrono & Promotori ſuo ætatem colendo

Hanc diſputationem inauguralem

obſervantiæ atteſtandæ ergò

D. D. D.

Iacobus Lembſen.

A.

Σὺν Θεῷ

DISSERTATIONIS INAUGURALIS DE PRAVIS ET IRRATIONABILIBUS CONSVETUDINIBUS.

THESIS I.

Ius conſvetudinarium inter præcipuas Juris Civilis partes haud poſtremum locum ſibi vindicare, apud omnes paulò peritiores in cōfeſſo eſt; cum ob ſubjectæ materiæ amplitudinem, tum propter inſignē & perplexam varietatem, nec non propter ſummam ejus utilitatem. In foro enim frequens & quotidianum eſt, cum quælibet Provincia, ne dicam Civitas, aut pagus ſuas ſingulares habeat conſvetudines, quæ non minus, quam Leges ſcriptæ in Judiciis probè attendendæ ſunt, *arg. L.32.ff. de LL.*

De præſtātia Iuris conſuetudinarii, ejuſque utilitate in foro.

II.

Ideoq; citra omne dubium ICti, & qui juſtitiæ præſunt, altero oculo in Ius ſcriptum, altero verò in mores & conſuetudines intenti eſſe debent. Qui enim contra conſvetudinem judicant, litem perinde faciunt ſuam, ac ſi contra jus ſcriptum pronunciaſſent, per *Auth. jubemus C. de Iudiciis & pr. Inſt. de Off. judic. Alex. Conſil. 123. n. 20. &* Richter. *in d. authenticam.*

ICtis & iis qui in judiciis verſantur ſcitu neceſſarium.

Hinc

III.

Aſſeſſores Cameræ Imperialis ſecundum laudabiles conſuetudines cujuſcunque loci judicare debent.

Hinc AſſeſſoresCameræ Imperialis, quando in numerum Aſſeſſorum recipiuntur, jurare tenentur: quod ſecundumImperii Conſtitutiones, ſecundum jus Commune ac laudabiles locorum conſuetudines judicare velint, *Ord. Cam. part.* I. *t.* 57. Laudabiles verò dicuntur, quæ non repugnant juri Divino, rectæq; rationi, aut, quæ non ſine ratione ad id, quod publicè utile ac honeſtum eſt, introductæ ſunt. Poſthabita enim illa ratione, proveniunt improbæ & irratinoabiles conſuetudines.

Quænam ſunt laudabiles, quænam non.

IV.

Et quamvis ejusmodi conſvetudines uno conſenſu Iuris Divini & humani omniumque illorum interpretum in bona Republica non ſint tolerandæ, ſed tanquam corruptelæ ac depravationes Legum radicitus extirpandæ *diſt. 8. c. 3. 5. & 8.* Nihilominus tamen non exiguus iſtarum numerus in noſtra Republica irrepſit. Quum itaq; earum cognitio non minus neceſſaria ſit, quam reliquarum quæ ratione juſta & honeſta ſubnixæ ſunt (non enim tantum actionum juſtarum & Legum, quæ publicam ſalutem conſervant, ſed etiam actionum injuſtarum & Legum quæ ſtatum Republicæ perturbant Iurisprudentes notitiam habere debent) materiam huic inaugurali diſcurſui non inconveniens eſſe exiſtimavi.

Thema diſputationis.

V.

Ne autem plane ſine ordine progredi videar, operæ pretium facturus exiſtimo, ſi quædam in genere de conſvetudinis natura in limine commemoravero, recenſendo ejus definitionem, diviſionem ac proprietates. Quibus mediocri diligentia expoſitis, reliquus in hoc æquore curſus eo facilior erit & felicior. Erunt enim illæ, quaſi Lydius quidam lapis, ad quem examinandæ veniunt

Methodus tractandi.

illæ

illæ nominetenus ſic dictæ conſvetudines, ut appareat quo in cenſu ſint habendæ. Veruntamen non mihi animus eſt omnes irrationabiles conſvetudines recenſére, quæ ubivis locorum forte receptæ ſunt, ſed ſaltem quaſdam; cum prius illud vires meas excedat, & multitudine propemodum infinitæ ſint. Præterea varia remedia, quæ ad extirpandas iſtas pravas conſvetudines prodita exſtant ſubjungam. Quod ut benè feliciterque procedat, Supremum Numen enixè rogo.

VI.

Priuſquam verò quid conſvetudo ſit, videamus, illius definitionem nominalem excutiemus. Et licet in jure noſtro potior rerum *l.17. de LL.* prior tamen verborum ac vocabulorum ratio eſt habenda *l.1. pr. de I. & I. l.1. §.1. de pact.* quia ex notatione nominis ſæpè inducimur in cognitionem rei Bald. *in L. liberti C. de oper. libert.* Quod ipſi rectæ rationi & veræ methodo diſciplinarum convenire, omnium prudentiorum confeſſione certum eſt.

VII.

Etymologia. Originem verò ſuam conſvetudo ducit à conſvetus, quod à conſveſco, conſveſcere verò nihil aliud eſt, quã id crebrò agendo ſibi comparare ſeu ejus facultatem, quod natura nobis non ineſt. Hinc rectiſſimè Ariſtoteles *1. Rhet. c. 10.* dicit: conſvetudine ea fieri, quæ homines, quia ſæpè fecerunt, faciunt.

IIX.

Synonymia. Vnde in Legibus noſtris vocatur 1. Jus longâ utendi conſvetudine comprobatum, *L. 35. de LL.* 2. Vſus longævus *l. 1. C. quæ ſit long. conſv.* 3. Mos *l. 15. C. de Teſtament. c. mos diſt.* 4. Vetuſtas *l. 2. ff. de aqv. & aqv. pluv. arc. in pr.* 5. Jus non ſcriptum *§. 9. I. de I. N. G. & C.* 6. Jus quod firmavit conſvetudo *l. pen. ff. de LL.* 7. Uſus longa conſvetudine

rudine inveteratus, multiſque aliis verbis deſcribitur, quæ omnia hîc colligere non placet, videri tamen poſſunt in *Coll. Argent. tit. de LL. n, 33.* & in Diſſertatione Dn. Johannis Samuelis Brunneri de Conſvetudine ante viginti & quod excurrit annos ſub moderamine Magnifici Dn. Henrici Hahnii, Præceptòris, Hoſpitis atque Promotoris mei per ætatem venerandi habita, *th. 5.*

IX.

Homonymia.

Porrò ut extra ambiguitatis periculum tutius pergere queamus, æquivocationem vocis conſvetudinis eruere neceſſum eſt. Accipitur autem variè in jure noſtro, 1. pro ſociali & arcta conjunctione, familiaritate & converſatione *§. 1. I. de patr. poteſt. l. 24. ff. de Rit. Nupt. l. 34. ff. de Adult.* 2. pro nuda obſervantia, qua quid ſine ratione & lege fieri conſvevit *l. 39. & ſeqq. ff. de LL. SC. & long. conſv.* 3. pro aſſvefactione quæ altera natura vocatur *l. 9. in pr. de liber. & poſth.* ut, quando quis laborem ferre, & frigus ſuſtinere poteſt, & in hac ſignificatione competit brutis animalibus, quæ ex conſvetudine evolare, revolare, abire ac redire poſſunt *l. 5. § 5. ff. de A.R.D. §. pavonum I. de R.D.* 4. Pro moribus ſive actibus ſæpius à populo repetitis conſvetudinem præcedentibus, eamque inducentibus *l. 32. ff. de LL. §. 9. I. de I.N.G. & C.* & hoc modo dicitur conſvetudinem eſſe facti *c. 1. de conſtit. in 6.* 5. Pro ipſo jure formato, quod ex moribus iſtis & actibus profluxit.

X.

Definitio realis.

In qua ſignificatione deſcribitur conſvetudo, quod ſit jus ſine ſcripto ac expreſſa ſanctione, tacito conſenſu populi, vel majoris partis, per morum diuturnitatem introductum, *d. §. 9. I. de I.N.G. & C. & l. 32. ff. de LL.* Ius vocamus conſuetudinem reſpectu eſſentiæ atq; formæ, ſeu ut

Genus.

in ſe conſideratur, reſpectu verò introductionis eam facti

eſſe

eſſe fatemur, quia ex moribus & actibus hominum profluit. 7.
Deinde tacitum populi conſenſum formam & differentiam ſpecificam conſuetudinis eſſe ex *alleg. l.32.l.33.34.& ſeqq. ff. de LL.* manifeſtum eſt. Differentia ſpecifica.

XI.

Hinc facilè colligitur, quid conſuetudo in hac propria & genuina acceptione differat (1) à Lege quæ expreſſa ſanctione conſtare debet; conſuetudo autem tacitâ ſaltem. Differt. 1. à Lege.
(2) à Moribus, qui tanquam cauſa conſuetudinem ut effectum producunt, quamvis promiſcuè his vocibus JCti utantur, Cujac. *in par. C. quæ ſit long. conſu.* Hunn. in reſol. Treutl. *diſp.1.th.9.l.A.* 2. à moribus.
(3) ab obſervantia, quæ in ſtricta ſignificatione concernit uſum unius Iudicis, aut Tribunalis, cum conſuetudo populi ſeu Univerſitatis ſit. Tum obſervantia non requirit tempus, ſed ſufficit quod interdum arbitrio Iudicis fuerit obſervata. 3. ab Obſervantia.
(4) à Stylo, qui eſt praxis Curiæ recepta ſeu confirmata ut tradit Bald. *in l.f. C. quæ ſit long. Conſu.* vid. quoq; prælaudatus Dn. D. Hahnius *in Obſ. ad t. de LL. n.9.* 4. à Stylo.
(5) à Statuto, quod Civitas ſeu univerſitas ſuperiorem recognoſcens cum expreſſo conſenſu de re quadam ſibi utili conſtituit. Non quidem deſunt, qui ſtatutis idem quod conſuetudinibus Feudalibus contingere volunt, quæ oblivionis evitandæ gratiâ in ſcripturam redactæ, nec tamen propterea pertinent ad Jus ſcriptum. Sed nos veriorem ac communiorem ſententiam tuentes, ſtatuta Juri ſcripto aſſignamus, idq; non immeritò, cum ſcriptum Jus in eo potiſſimum à non ſcripto differat, quod in illo expreſſa Legislatio, in hoc tacita ſaltem populi approbatio intercedat. 5. à Statuto.
(6.) à Præſcriptione, cum qua ſæpè confunditur conſuetudo, cum tamen toto cœlo hæ invicem differant. Nam præſcriptio ob negligentiam dominorum & lites tollendas eſt recepta, 6. à Præſcriptione.

quod,

quod ceſſat in conſuetudine: & aliud eſt agere de acquirendi modo, quo privati dominium ſibi parant, ut in præſcriptione; & aliud de ratione juris introducendi, ut in conſvetudine: cum illud ad privatos pertineat, hoc publicum ſit Bachov. *in comm. ad ff. part. 1. t. de conſvet.*

XII.

Diviſio. Rectè jam ad diviſionem progredi licebit: dividitur autem conſuetudo, quòd alia ſit Generalis, quæ ubique in Imperio aliquo ſervatur, uti in noſtro Imperio ſunt, Conſvetudines Feudales. Alia Specialis, ſive Particularis, quæ certam provinciam vel civitatem invaſit, ibidemque Legis vigorem habet. Illa tantâ pollet poteſtate, ut etiam Legem generalem tollere & abrogare poſſit; hæc verò non item ſed legi ſaltem derogat in illo loco, ubi viget. *Vid. Ord. Cam. part. 1. t. 57. l. 50. §. f. de Legat. 1.* Dn. D. Stuckius *in Exercit. decat. 1. Aſſert. 11 lit. C.* Quidam etiam hanc diſtinctionem eruere conantur *ex l. 6. in pr. ff. quod cujuſque univerſ. nom. l. 5. §. 1. ff. de jur. immunitat.* Cui ſe opponit Bachov. ad Treutl. *diſp. 1. th. 9. l. d.* dum ſe non intelligere dicit, quomodo Conſuetudo commode in ampliſſimo Imperio introduci poſſit. Verum exemplum ſatis clarum habemus in dict. Conſu. Feud. Deinde video ex nundinis per totum jmperium uſu eveniſſe, ut mercatores diverſarum provinciarum, generali & unanimo conſenſu tacitè multa introduxerint, ex quibus generaliter lites eorum & controverſiæ minus ſcrupuloſæ vulgò deciduntur. Quod uti maximè apparet ex conſuetudine circa literas cambij earumque ſolutiones, vel proteſtationes, ita confirmatur ex iis, quæ Fridericus Mindan. *Lib. 2. de mandat. Iudic. c. 70. §. 7.* referente Dn. Limn. *Lib. 7. Iur. publ. c. 30. n. 7.* tradit. Cui non inconvenienter illum depoſitionis ritum omnibus in Imperij

Acade-

Academijs receptum teſte Dn. Limnæo *Lib. 8. Iur. publ. c. 6. n. 10.* jungere licebit, ut hac ratione etiam verè generalis conſuetudo exiſtere poſſit.

XIII.

Conſiderata definitione ac diviſione proximum erit, ut & illius introductioni paululum inhæreamus. Introducitur autem conſuetudo à Populo, & quidem tacito ejus conſenſu, qui ſuperiorem non agnoſcit *l. 32. & l. 35. de LL.* Bocer. *Claſſ. 1. diſp. 4. th. 3.* Hoc tamen ſecus eſt in eo populo, qui imperio Superioris ſeſe ſubmiſit; ſiquidem is non, niſi per ſuperioris conſenſum, vel ſcientem patientiam, conſuetudinem gignere & elicere poteſt. Weſenb. *in par. ff. de Leg.*

XIV.

Facilè ergò reſponderi poteſt ad quæſtionem, quæ non rarò moveri ſolet. An Civitas contra jus Superioris conſuetudinem introducere poſſit? Quod de civitate Provinciali, quæ in totum & ſine conditione Principi ſubeſt, negamus; Civitates enim ſuperiorem recognoſcentes privatorum loco habentur, *l. 16. in f. ff. de V. S.* quorum pacta juri ſuperioris derogare non poſſunt *l. 38. ff. de Pact.* Hillig. *in Donell. enucl. lib. 1. c. 10. in f.* Secus autem obtinet in Civitatibus Imperialibus, & illis, quæ certâ lege & conventione ſuperiorem agnoſcunt & extra pacta & conventa ſuâ libertate fruuntur.

Num Civitas contra jus Superioris conſvetudinem introducere poſſit?

XV.

Et tantum de introductione; videamus quoq; requiſita bonæ conſuetudinis, cujus primum eſt, ut ſit inveterata, continua & non interrupta, eine alte hergebrachte und verjahrte gewonheit. *l. 35. & l. 32. de LL. l. 1. 2. & 3. C. quæ ſit long. conſu.* De temporis quantitate autem Doctores non conveniunt. Sunt qui putant, quod ſi præter Legem

I Conſvet. requiſitum.

 inducta ſit h. c. in tali caſu, qui alioqui in jure nô eſt determinatus, ſufficere, ut decem annis continuis duraverit. Arumæus *excercitat. 1. th. 19.* Si autem eſſet contra legem repugnaretq; juri poſitivo ſeu Civili, tum longiſſimum tempus, nempe quadraginta annos ad conſuetudinis introductionem deſiderari volunt, illudq; maxime Iure pontificio obtinere aſſerentes, probant *ex, c. auditis X. de præſcrip. &* per *allegat. à* Schneidevvino *gloſſam.* Alii tempus immemoriale requirunt, alij aliter ſtatuunt. Sed quia expreſſè hoc tempus legibus non eſt proditum, cum epitheta illa, longum, inveteratum, antiquum, diuturnum, longævum, non deſignent certam quantitatem temporis, ideòq; meritò id prudentis committimus Iudicis arbitrio, *arg. l. 1. ff. de jur. delib.* Duaren: *c. 11. de LL.* Cujac: *l. 20. Obſ. 1.* Bachov. *in comment. ad ff. 1. de Conſuet.* & Magnif: Dn. Hahnius *d. loc.* Neque id per varietatem negotiorum & actuum, per quos conſuetudo introducitur, fieri poteſt; dantur enim negotia vel actus, qui non niſi ſemel in ſæculo, aut ejus dimidio contingunt; alij vero etſi frequentius accidunt, tamen etiam, non niſi iteratis aliquot vicibus: ut fit in Iubilæis & actibus in illis uſitatis; fundatione & dedicatione eccleſiarum; nec non inductione Academiarum & Iudiciorum: Electione & Coronatione Imperatoris & Regum, & ſimilibus negotijs. Alij verò adhuc frequentius occurrunt, ſed tamen rurſus vix per decem annos unus vel alter actus: Ex quibus conſuetudinem arguere velle ineptum eſt. Sunt præterea alij actus ita clandeſtini, & à ſuperioris ſcientia adeò remoti, ut etiamſi plurimi fiant, vix tamen in ejus notitiam incurrant; ut adeò in genere ad conſuetudinem introducendam, neq; de temporis ſpatio, neq; de actum numero, quot nempè requirantur, certum quid nobis determinare liceat.

XVI.

XVI.

Interim tamen certum eſt, quod alterum conſuetudinis requiſitum actuum ſit frequentia, *l. 1. C. quæ ſit long. conſv:* & *l. 3. C. de ædif. privat.* quam pleriq; etiam, quoniam in legibus expreſſe determinata non eſt, Judicis arbitrio relinquunt, qui ex qualitate actuum arbitrari debet, an tranſierint in notitiam populi, ut inde colligi & percipi poſſit conſenſus populi vel majoris ejus partis. Quos etiam nos ſequimur cum Oſvvald. Hilligero *in Donell. enucl. Lib. 1. c. 10. l. 9.* licet Mynſingerus objiciat. Iudicem non poſſe inducere, ſed tantum confirmare conſuetudinem; Cui regero; Non dicendum, quando Iudex conſiderat, num conſuetudo populo innotuit, illum inducere, ſed potius inductam declarare. Ex unico autem actu inſigni etiam & notorio, licet in rebus, quæ rarò contingunt, nunquam induci poſſe conſuetudinem, Doctores communiter affirmant; ſed adminimum duos actus requiri. Arumæus *Exercit. 1. th. 20. arg. l. 38. ff. de LL. l. 15. §. 22. ff. de injur.* & alij *arg. l. 12. ff. de Teſtib.* probant. Ubi dicitur pluralem elocutionem duorum numerò contentam eſſe; At hic pluralitas actuum indefinitè requiritur, *d. l. 1. C. quæ ſit long. conſv. & l. 3 C. de ædif. privat.* Quod tamen de univerſis & omnibus conſuetudinibus affirmari haud poteſt, niſi ſint fortè ejuſmodi negotia, & actus, qui non, niſi rariſſimè fiunt, & quidem publicè & ſolenniter cum pompa & ſolennitate, adeoq; non poſſint non in notitiam vel Populi, vel ſuperioris neceſſariò incurrere. Nec obſtat conſenſum ſufficere, qui uno actu præterito poſſit adeſſe; quia hoc verum eſt, quando conſenſus populi apparet in debita forma, prout requirit, Schneidevvin. ad *§. 9. I. de I. N. G. & C.*

II. Requiſitum.

XVII.

Nunc etiam, quales actus eſſe debeant, reſtat, ut ex ponatur. Iudiciales nonnulli requirunt per *l. 34. ff. de Legib.* Verùm hæc Lex potius noſtræ patrocinatur ſententiæ, quod nimirum videndum ſit in conſuetudine, an, quandoq; ea contradictorjo judicio ſit firmata: Nam inde colligere poſſumus, eam etiam ſine judicato ſubſiſtere; Itaq; rectius tam judiciales quam extrajudiciales ſufficientes eſſe putamus: jura enim tantum requirunt actuum frequentiam, ex quibus colligi poſſit tacitus conſenſus populi; ſed iſte perinde percipi poteſt ex actibus extrajudicialibus, atq; ex judicialibus; & hanc opinionem Cameram Imperialem ſecutam fuiſſe teſtatur Gail: *lib. 2. Obſ. 31. n. 8.* Hilliger. *in Donell. enucl. Lib. 1. c. 10.* Neque id aliter eſſe poteſt, cum in rebus etiam non judicialibus introducantur conſuetudines, ad quarum introductionem per rerum naturam actus judiciales requiri non poſſunt.

XIIX.

III. Requiſitum. Requiritur tertio, ut major pars populi uſa ſit conſuetudine arg. *l. 19. ff. ad Municipal.* i. e. ut major pars populi approbaverit, & non contradixerit, alioqui difficillimum eſſet probare, majorem partem populi uſam eſſe conſuetudine. Verùm objicere fortaſſe aliquis poſſit, quod conſuetudo ſit Ius, & parem vim habeat cum Lege *l. 32. §. 1 ff. de Legib.* Lex autem ſive jus non debeat probari, ideoq; nec conſuetudo. Sed licet eandem vim & autoritatem habeat conſuetudo cum Lege, tamen magna inter illas differentia eſt, uti ſupra th. 10. diximus. Lex enim, cum in notoria & publica monumenta plerumq; redigatur, ipſa promulgatione omnibus & ſingulis facilè poteſt eſſe nota. Conſuetudinem verò, quia diuturnis mori-

moribus inducitur, omnes ſtatim ſcire nequeunt *l. 2. ff. de jur. & fact. ignorant.* & per conſequens probatione indiget. Probatur autem conſuetudo, 1. Teſtibus ad minimum duobus arg. *l. 12. ff. de Teſtib. 2. ſ. 32. & 1. ſ. 10.* vid. Cujac. *l. 20. Obſ. 1.* Gail. *l. 1. Obſ. 31. n. 14.* Minſing. *6. Obſ. 31. n. 3.* Matth. Berlich. *1. dec. 74. cum. mult. ibi allegat.* qui deponere debent, ita fuiſſe obſervatum in ejuſmodi caſibus & actibus, frequenter, publicè, multiſq; perſonis ſcientibus, nec non ſine interruptione, Schneidevvin. ad *d. §. 9.* ſi ſunt res frequenter contingentes. Si enim ſunt negotia, quorum gemina ne ſæculum quidem videt, apparet illam depoſitionem de actibus frequentibus ne quidem locum habere poſſe, multò minus eſſe neceſſariam. In actuum & temporis diſpoſitione verò convenire debent; alias enim, ſi de actibus diverſis deponunt, ut ſingulares fidē facere non poſſunt, Gail *Obſerv. 31. n. 16.* Deinde etiam publicis inſtrumentis hac in re fides habenda, *arg. l. ult in pr. C. de Legib.* Maſcard. *de probat. Volum. 1. Concluſ. 424.* Bocer. *1. diſp. 1. th. 51.* Quò refero libros officialium publicorum, vulgò Ampts Regiſter/ Ampts Bücher/ qui plenam fidem merentur; innituntur enim autoritati publicæ, & præpoſiti ſunt publica fide ad rationes publicas, Beſold. *in Th. pr. lit. A. verb.* Ampts Bücher/ quemadmodum olim libri argentariorum publicæ fidei reputabantur, cum argentarij publicà autoritate eſſent muniti *l. 10. §. 1. ff. de edendo.* Non autem eodem modo probant libri Nobilium & cenſuales Erbregiſter/ ſc. in propria cauſa; cum enim ſint ſcripturæ privatæ & domeſticæ, quoad propriam cauſam proſe fidem facere nequeunt *l. inſtrumenta 5. l. 6. & ſeq. C. de probat.* maximè, tamen contra ſe *l. 25. §. ult. C. de probat. Auth. ſi quis C. qui pot. in pign.* Quod adeò verum eſt, ut neque Fiſco, cujus alias favor

 as favor magnus, & multis privilegijs munitus eſt, privata ſcriptura quicquam proſit *l. 7. C. de probat. & l. ult. C. de conven. fiſc. deb.* Poteſt tamen fieri, ut adminicula habeant, quibus ſuffulti probent, nimirum ſi ſint antiqui, ordinatâ ſerie conſcripti, in publico archivo reperti, & cuſtoditi, ſcriptoris morte confirmati, vel teſtibus verificati, & contra tertium potiſſimum plenam fidem faciunt, Frantzk, *tr de: laudem. c. 4. 29.* Dn Carpzov: *in Iuriſp. Rom. Sax. p. 2. conſt. 4. def. 6.* Has tamen probationes in notoria conſuetudine non requirimus; notorietas enim ab omni probationis onere regulariter relevat. Vaſqu: *in præfat. Controv. illuſt. n. 25. & c. 2. n. 12.*

XIX.

IV Requiſitum.

Requiritur quartò, ut non ſit ſcripta; ideo enim vocatur *Ius non ſcriptum §. 9. I. de I. N. G. & C.* Quippe quoad originem ſeu introductionem ſcripta eſſe vix poteſt, cum *ex tacito populi conſenſu* oriatur: poſtea verò in ſcripturam memoriæ cauſa redigi poſſe nemo facilè in dubium vocabit: ſic conſuetudines Feudales hodie ſcriptæ extant, nec non aliorum diſtrictuum ac municipiorum, quas ICti interdum ſuis commentarijs illuſtrare amant. Quales ſunt Conſvetudines Bituricenſes, ad quas Boërius, Pariſienſes, ad quas Molinæus & Choppinus, Marchiacæ, ad quas Scheplitz, Lunæburgicæ, ad quas Hardvvig à Daſſel, commentati ſunt, licet non paucæ vel conſtitutiones, vel ſtatuta ſint inter mixta. Quæ tamen ea propter naturam ſuam non exuunt, ſed manent conſuetudines; quemadmodum teſtamentum nuncupativum nihilominus manet tale, licet à tabellione plerumq; deinceps chartis mandetur. Non enim quod ex poſt facto accidit, ſed initium eſt inſpiciendum.

XX. De-

Denique cum juris anima ſit ratio, meritò illâ quoque conſuetudo informata eſſe debet *l.39. & l.14.ff.de LL.* Hinc quintò requiritur, ut ſit rationabilis. Sine ratione enim conſuetudo eſt nulla, Lex rationem præſupponit, quâ etiam conſuetudo rectisſime nititur, *Dd. & gl. in C. ult. X. de conſ.u diſt. 8. c.f. Novell. 134. c.2. & 4.* & hoc ſenſu optimè illud accipitur in *l.2. C. quæ ſit long Conſu.* quando dicitur, *conſuetudinis uſusq́, longævi non vilis eſt autoritas*, verùm non uſque adeò valitura, ut rationem vincat aut legem; Conſuetudinis enim & Legis unum eſt principium, quod in ratione conſiſtit; ideoque hac in re non poteſt conſuetudo vincere rationem; ſcilicet, ut ſine ea valeat, nec Legem, ut nempe posſit valere aliter, quam Lex reſpectu rationis, utpote quæ & Legem commendet. Et ita communis error conſuetudinem neutiquam facere poteſt, quia ille plerumque occaſionem delinquendi præbet. Lex autem, cum qua conſuetudo coincidit, in Rebuſpubl. rectis, honeſta, posſibilis ac Reipublicæ utilis eſſe debet. V. Requiſitum.

XXI.

Ex quibus apparet quidem, quænam conſuetudo bona ac rationabilis ſit. Verùm cū rationabilitas illa non rarò in profundisſimo lateat puteo, & cuilibet obvia eſſe nequeat, exquiſitori judicis & doctorū virorū inveſtigatione eſt eruenda, Bocer. *Claſſ. 1. diſp. 4. th. 12.* Alia enim hujus, alia illius Reipublicæ eſt conditio, alius item hujus, alius illius Legislatòris eſt Scopus; hinc fit, quod ſæpiſſimè conſuetudo non aliter ac Lex, quæ tempore, quò introducta fuit, rationem habuit; hodie nullam habere videatur. Quem in finem Æneas Sylvius, poſt Pius II. P.P. dictus, magnâ

magnâ ratione Sacerdotibus ademptum conjugium, ſed majore reſtituendum dicebat, Rittershuſ. *in tr. de diff. jur. Civ. & can. l.2.c.21.* Nec minus id elucеſcit ex contributionibus Imperii, quæ temporibus turbulentis probabili ratione invaluêre, cum earum exactiones etiam tempore pacis procedere improbabili conſuetudinis ratione defendatur. Deinde, quia pro utraque cauſæ cujuſque parte ratio quædam Civilis plerumque militat, alterâ approbatâ, altera rejiciatur neceſſe eſt. Unde non incongruè gradus quidam ſecundum Bachov. ad Treutl. *diſp. 1. th. 9. l. b.* irrationabilitatis conſtitui poſſunt, ita ut omnis conſuetudo, quæ offendit jus Naturæ aut Ius Divinum, non etiam quæ Ius Gentium aut Civile, ut irrationabilis, & quæ ſalutem publicam lædit, ut prava reprobetur.

Irrationabilis & prava conſuetudo quænam dicatur.

XXII.

Conſuetudo contra Ius Divinũ eſt irrationabilis.

Dicis? hoc non eſſe ſimpliciter verum, cum quædam Leges, ſtatuta & conſuetudines contra jus divinum exſtent, & à nobis obſerventur, quæ tamen propterea neutiquam poſſunt vocari irrationabiles. Reſp. diligenter diſtinguendum eſſe, an conſuetudo, de qua loquimur, ſit contra Ius Divinum præceptivum, quod moralibus & naturalibus nititur principiis; an contra juris divini poſitionem, citra præceptum. Priori caſu conſuetudo in contrarium facta eſt improba & irrationabilis: v. g. præcipit Ius Divinum, ut ſanguis ejus refundatur, qui fudit eum, hominis innocentis & dolo malo, *Gen. 9. v. 6. Exod 21. v. 12.* Si jam contra hoc præceptum Populus quidam vellet conſuetudinem introducere, quâ pœna illa homicidii voluntarii capitalis commutaretur in pecuniariam, certè illa irrationabilis erit, & pro nulla habebitur, tanquam expreſſum Dei mandatum evertens, Iul.

Clar.

Clar. 5. *ſentent. §. homicid.* Quod adeò verum eſſe arbitror, ut licet conſuetudo ita introducta ſit de caſu, quô culpa occiſionis ab occiſo ante mortē, aut cōſanguineis ejus poſt mortem remiſſa, nihilominus pro nulla habeatur, Bald. *ad l. 18. C. de Tranſact.* Non enim poena capitalis huic crimini propterea impoſita eſt, ut conſanguineis concedatur ultio, vel occiſo ſatisfactio; tunc enim poſſent occidentem pœnâ iſtâ liberare, juri pro ſe introducto renunciantes; ſed quoniam ſanguis humanus pretioſus, Deoq; charus eſt, ut ſecundum ejus præceptum, is qui malitioſè eum fundit, non aliter posſit expiari, niſi per refuſionem ſanguinis. Tum privatorum pacto & conſuetudine aliquâ non poteſt immutari Jus Divinum præceptivum *arg. l. f. ff. de ſuis & legit. hæred. l. 38. ff. de Pactis l. 20. pr. ff. de Relig. & ſumpt. fun.* Simili modo non poteſt valere conſuetudo permittens Simoniam, Blaſphemiam, Sortilegium, Incantationem, Divinationem &c. Damhouder. *in prax. Crim. C. 61. n. 9.* Poſteriori caſu autem, quando conſuetudo contra juris Divini poſitionem ſine præcepto eſt, tunc iterum diligenter attendendum, num peccatum excludat: veluti perjurium aut læſionem alterius, v. g. Iure Divino cautum eſt, ut in ore duorum vel trium conſiſtat omne verum, interim tamen conſuetudine licitè poteſt introduci, ut interdum ſeptem, interdum pauciores teſtes adhibeantur. An non excludat, ſed potius inducat peccatum, tunc Iuri Divino neutiquam derogat. V. g. Si conſuetudo velit, ne quis ſervet juramentum etiam in caſu, ubi illud citra diſpendium ſalutis æternæ ſervare poſſit. *C. Cum conting. X. de jure jurando.* Limitatur.

XXIII.

Sed huic noſtræ aſſertioni iterum objici posſit, quod etiam interdum jus Divinum præceptivum, ſi nempe juſta Objectio.

C & præ-

 & prægnans quædã circumſtantia id ſuadeat, mutari videatur conſuetudine, Lege, vel ſtatuto, quod propterea tamen non poteſt dici irrationabile. Exempli loco ſit ſtatutum, quod alicubi viget, ut liberis liceat interficere parentem, qui Patriæ prodendæ causâ quicquam machinatus eſt. Derogat hoc ſtatutum Iuri Divino, quod tam anxiè & ſeverè honorem parentibus tribuendum injungit liberis, ut illos tam minis, quam præmiis ad eundem præſtandum invitet. Inſuper in præcedentibus dictum fuit, quod homicidium, nedum parricidium *arg. l. 9. pr. & §. 1. ff. ad L. Pomp. de Parric. §. 6. I. de Publ. Iudic.* tam atrox & damnatum crimen ſit, ut Deus ipſe pœnam capitalem in perpetrantes conſtituerit. Veruntamem acccuratè loquendo Ius Divinum non mutatur: non enim Ius divinum deſinit præcipere: honora parentes, ſed pater eo ipſo amittit dignitatem paternam, indignumque ſe per inſidias patriæ ſtructas facit: quod confirmat Ius Civ. *in l. 35. ff. de rel. & ſumpt. fun.*

Reſponſio.

XXIV.

Irrationabilis eſt cõſuetudo contra jus Naturæ.

Quod attinet Ius Naturæ, licet à Creatore noſtro animis hominum ſit inſcriptum *c. 2. ad Roman.* ac proinde tanquam æternum atque immutabile, Lege, ſtatuto vel conſuetudine aliqua in totum abrogari nequeat *§. 11. I. de I. N. G. & C.* tamen non rarò accidit, ut & illa, quæ ſunt juris naturalis, limitentur, determinentur, & ad circumſtantias non ſaltem à jure Civili communi, ſed & à ſtatutis & conſuetudinibus accommodentur; hinc quod Ulpianus dicit *in l. 6. de I. & I.* de jure Civili communi, non immerito tribuendum conſuetudini, quod, ſicut illud, ſic quoque hæc à Iure Naturæ non in totum recedere, nec per omnia ei ſervire debeat. Malè tamen exinde colligitur mutabilitas juris naturalis, & quod

contra

contra Ius Nat. introduci poſſit coſuetudo non irrationabilis.

XXV.

Jus gentium mutationibus eſſe obnoxium, nemo infitiari poteſt: evidenter enim hoc videmus in Venatione, quæ eſt Juris Gentium *§. 12. l. de R. D.* & tamen noſtris moribus privatis etiam in propriis fundis interdicta. Deinde in occupatione Lapillorum & gemmarum in litore inventarum, quæ Iuris gentium eſt, *§. 18. d. t.* & tamen hodie ad Dominos territoriorum pertinet. In materia quoque Servitutum. Quemadmodum verò Iuri Naturali, quo omnes homines erant liberi, potuit derogari per Ius Gentium introducta ſervitute, ita quoque hoc Ius Gentium tanti non eſt roboris, ut ipſi per alia jura nihil quicquam detrahi poſſit. Vid. omninò Conan. *1. Comment. Iur. Civ. Lib, c 6. & 7.* Ubi oſtendit, qua ratione Iuri Naturæ: & Gent. per Ius Civile & Conſeqq. per Conſuetudinem derogetur, illi quidem per moderatam determinationem, huic verò per plenam immutationem.

Conſuetudo contra Ius Gentiū valet.

XXVI.

Denique conſuetudinem contra Ius Civile introduci poſſe, nemo eſt, qui dubitat *arg. l. 32. ff. de LL.* & per tradita Magnif. Dn. D. Hahnii *in Diſp. de Altero tanto th 92.* modo non ſit publicum & ad reſervata principis pertinet, Hardevv. Daſſel. *ad Conſuet. Lunaburg. L. 9. c. 7. n. 11* : vel expreſsè Iure Civili prohibitum ſit, contrarium conſuetudine introducere, ut *in Auth. Navigia C de Furt. auth. omnes peregrini C. Commun. de Succeſſion.* Cujus authenticæ ultimæ tenorem non obſervant Galli, qui ſuo jure Albinagio extraneis facultatem teſtandi denegant, & bona eorum, tanquam legitimi heredes ab inteſtato oc-

Conſuetudo contra Ius Civile ſubſiſtere poteſt.

 cupant, Iean Bacquet. *en tr. du droict d'Aubeine L. 1. ch. 4.* Buchnon. *de Leg. abrogat*, Chriſtianæus *in deciſ. Belg. l. 6. t. 58. dec. 228.* Ideòq; citra omne dubium cuicunq; poteſtatem habenti Iure Talionis erga Gallos uti licitum erit *l. 1. quod quisq. jur.* Hartman. Piſtor. *Obſ. 43.*

XXVII.

Partis ſpecialis initium.

Hiſce delibatis jam facile liquet, quid dicendum de ſubſequentibus conſuetudinibus, quæ contra omnem æquitatem partim in noſtro Imperio, partim in vicinis regnis inolevêre, ad quas inveſtigandas jam levato velo progrediemur. Aliæ autem obrepſerunt in Iudicio ſive circa actus Iudiciales, aliæ circa actus extrajudiciales.

XXIIX.

Conſuetudo, quam dardanarii apud nos introduxerunt, qua fames & rerum caritas cauſatur proſcribitur.

Inter has præ cœteris atro carbone notare meretur illa in hiſce & aliis Provinciis uſitata conſuetudo, quâ fames & præſentiſſima rerum caritas excitatur, & â quibuſdam peſſimis Reipublicæ hominibus introducta, quos Dardanarios, Propolas, Seplaſiarios, ſeu Pantometabolos vocant; Gothofred. *in not. ff. ad L. 6. de Extraord. crim.* Germanis Korn Wolffe/ Korn Juden/ Kornſchinder/ qui ſocietatem contrahunt, quo annona carior fiat *l. 2. ad L. Iul. de Annon.* ejuſq; abundantiam, & quominus Iuſto vendatur pretio in Republ. doloſè impediunt: navem nautamve advehentem annonam retinent, aut dolo malo faciunt, quo detineatur, *l. 2. §. 1. ad L. Iul.* Solent etiam annonas coëmere ac ſupprimere, ut cariori eam pretio vendere poſſint, *c. quicunq. 14. qu. 4.* Aut fructus ſuorum prædiorum in damnum aliorum æquis pretiis vendere nolunt, dum minus uberes proventus exſpectant *l. 6. de extr. crimin.* Cum autem ad ſocietatem civilem conſervandam omnium ad vivendum neceſſariarum rerum ſufficiens copia requiratur,

tur, teſte ICto in *L. 2. de Nund.* & Ariſtotele *1. Polit. 2.* & *3. Polit. 9.* imperator Juſtinianus quidem ad evitandam omnem caritatem juſſit, ut Præfectus Urbi proſpiciat, quo juſto vendatur annona pretio, *L. 1. §. 11. de Offic Præf. urb. l. 1. C. eod.* Poſtea Fridericus Jmperator *2. Feud. 27.* laudabiliter conſtituit, ut unusquisq; comes ſeptem boni teſtimonij viros ſibi eligat: & de qualibet Provincia cum ipſis ſagaciter diſponat: & quanto pretio ſecundum qualitatem temporis ſit annona vendenda, utiliter provideat. Quicunq; verò contra deliberationem ipſius intra anni terminum altius modium & carius vendere præſumſerit, tanquam violator pacis habeatur, & totidem viginti libras exſolvat comiti, quanti modios altius vendidiſſe convictus fuerit. Quam conſtitutionem laudat Andreas Dinnerus *de juſt. pret. defin. q. 4.* ita exclamans: O conſtitutionem Orbi Chriſtiano ſalutarem, ſi ſeculi noſtri avaritia & ψύξις extrema caritatis, ſi monopoliorum ac pantopolarum impunita licentia in uſu eam habere permitterent. Cui deniq; multæ aliæ flagitante publico uſu conſtitutiones ſecutæ ſunt, juxta quas Magiſtratus cujuscunq; loci proviſionem annonæ facere, atq; crimen fraudatæ annonæ coërcere tenentur. vid. *Ordinat. polit. Franc. de anno 1577.* Sed nihilominus non pauci ubiq; reperiuntur, qui imminente Cariſtia annonam expoſito ~~modo~~ attentant, flagellant, & onerant.

XXIX.

Et quamvis expreſſè & ſeverè à Zenone Imperatore annonæ & aliarum rerum monopolia prohibeantur *l. unic. C de. Monopol.* & amplius, ne quis illicitis conventionibus habitis conjuret aut paciſcatur: ut ſpecies diverſorum corporum negotiationis non minoris, quàm inter
(Conſuetudo contra L. unic. C. de monop. tanquam Reip. nociva damnatur.)

 ſe ſta-

 ſe ſtatuerint, venundantur, daß einer ſeine gemachte Arbeit oder Wahr nicht mehr oder geringer verkauffen ſoll/ als der ander/ quod etiam Carolus V. Imperator in Conſtitut. ſuis *art. 17.* confirmat; Videmus tamen illas utiliſſimas ſanctiones planè in deſuetudinem abire, moresque noſtros poſtliminio qs. redire juſſiſſe monopolia, maximo cum Reipublicæ noſtræ detrimento. Nam utilitas publica offenditur, quando uni aut alteri tantùm licet vendere, & pro lubitu pretium mercibus ſtatuere. Tum facultas emendi & vendēdi naturalis eſt libertatis, ideoq; nemini auferenda; In quem finem propemodum omnia collegia artificum declinant, quorum ſi quæ eſt adhuc utilitas, tam facile â Magiſtratu cujuſvis loci obtineri, quàm ab ipſis poteſt, & vero innumeris illis incommodis, quibus laborant, longè ſuperatur. E re itaq; Imperii & circulorum, & quorumlibet privatorum eſſet, aut illa collegiorum ſummæ plerumque iniquitatis latibula prorſus tollere, aut ita legibus & ſtatutis conſtringere, ne minimùm retineant coercitionis, quâ plerique ita abutuntur, ut & ſeipſos, præſertim juniores, & alios, qui operâ illorum utuntur, perditum eant. Et ſi ullum vitium Reip. noſtræ, certe hoc ingens malum ſeveris remedijs indiget. Quod in theſi veriſſimum; in hypotheſi autem, quando nempe publica ſalus contrarium ſuadet, publica autoritas naturalem hanc libertatem pro cujusquæ populi aut civitatis uſu & conditione poteſt circum ſcribere & reſtringere: Puta ſi civitas mercibus indigeat, nec ſit, qui ob ingentem laborem aut impenſas majores, aut pericula eas aſportare velit, tunc licitum erit conſideratis circumſtantiis, & taxato modico pretio, tale privilegium uni vel paucis concedere. Molina *tr. de. J. & I. Diſp. 345.* Iohan de Dicaſtell. *de Iuſt. & Iur. L. 2. t. 9*

Diſp.

Diſp. 3 dub. 10. n. 134. & Dn. Brunemann. *in Comm. Cod. ad l. unic. de Monopol.*

XXX.

Ex eodem ferè fundamento examinanda venit conſuetudo contra *l. 3. C. de commerc. & merc.* à Nobilibus alicubi introducta, quâ ſibi non minus, quam Civibus civitatum Ius braxandi & vendendi cerevifiam competere contendunt, cum tamen nihil certius ex ea ſperandum, quam quod civitates ad extremam paupertatem ſint perventuræ, & cum civibus ruſtici etiam ſummo cum reipublicæ detrimento ſint perituri. Nihilominus Nobilium aſſeverationem Ludovicus Schraderus & alij pauci multis gravibus argumentis defendere conati ſunt, & quidem 1. dicunt: Emtionem & venditionem eſſe Juris Gentium, quod omni humano generi commune *§. 2. Inſt. de I. N. G. & C.* Ergo etiam Nobilibus non poſſit interdici. 2. Quod tam Jus Divinum, quam Humanum cuilibet liberam de ſuis rebus diſponendi facultatem permittat *l. 21. C. mandat. Matth. 20. v. 15.* Ergo & Nobilibus uti liceret rebus ſuis pro lubitu. 3. Non debere unius ejuſdemque corporis membra diverſo jure cenſeri, quod tamen fieret, ſi Nobilibus prohibeatur cerevifiam coquere & vendere. Sed hiſce rationibus non obſtantibus in conflictu partes Civium defendamus, cum Dn. Franz. Pfeil & Caſpar. Klockio, oſtendendo hanc conſuetudinem in hiſce & aliis provinciis, ubi plerique cives civitatum pro ſuæ familiæ neceſſitate mercimonium cum cerevifia exercere coguntur, non eſſe laudandam. Etiamſi contra Jus divinum, vel Naturale non pugnare, lubenter concedamus.

Conſuetudo contra L. 3. C. de Commerc. & mercat. introducta à Nobilib9 non eſt laudanda.

XXXI.

Propè accedit ad monopolia, ejuſdemque conditionis eſt pactum artificum non nullorum, quo cavent, ne quiſ-

Coſuetudo quæ pacto quorūdam

 quiſquam illorum inſtruat alios in ea artē, quam filios & nepotes, aut ut nemo recipiatur in collegium, vel ex diſcipulo magiſter declaretur, niſi promittat ſe demum poſt certum tempus, quatuor puta aut plures annos, oſtenſurum tironibus artem: Er wolle keinen Lehrjungen denn auff vier oder mehr Jahr außlehren. Tholoſan. *de Republ. L. 13. C. 3.* Beſold *in diſp. Iurid. polit. de Iure. Colleg. c. 2. n. 1.*

Opificũ introducitur eſt prava.

XXXII.

Barbaræ conſuetudinis nomē meretur Bergenſiũ in Norvvegia.

Quanquam non extra Germaniam noſtram ad hujuſmodi perverſas conſuetudines inveſtigandas excurrere neceſſe habeamus, nihilominus Conſuetudinem Bergenſium in Norvvegia, quæ Ethnicam ſapere videtur immanitatem, hîc intactam relinquere nequeo. Illi enim tirones ſuo collegio initiandos ludo; uti appellant, Neptuni (das Waſſer Spiel) excipiunt & ſingulis annis ad octennium uſque miſerrimè flagellant; ne ſcilicet frequentia ſociorum Monopolii utilitates decreſcant. Beſold. *d. l.* Kirchner. *Diſp 14. Corol. 1.* Non multum diſcrepant ab hac Figulorum, monetariorum, typographorum noſtrorum & aliorum artificum conſuetudines, quando diſcipulos, priuſquàm magiſtros vel ſocios declarant, baptizant, caſtigant, illiſque multa obſcœna prælegunt.

Riſu dignæ ſunt conſuetudines Figulorum, monetariorũ & aliorũ artificum.

XXXIII.

Mulcta nō exigenda ab opificibus, ne occaſio com meſſationi detur.

Neq; ferendæ ſunt mulctarum captiones artificum, ut ſupra paucis dictum eſt, quæ eo ſaltem fine exiguntur, ut occaſio commeſſationibus detur, wenn ſie einander an Wein oder Geld ſtraffen/ und das Geld verſauffen/ quæ omninò præcavenda. Et ejuſmodi mulctæ non artificum arcæ, ſed publico ærario potius inferendæ Beſold. *dict. loc.* Sic quoq; prohibendũ, quod plurimis in locis ab opificibus advenis munera atq; epula adventitia dari ſoleant, vid. Receſſ. Imp.

de an-

der geſchenckten Handtwerck deſcendere affirmant, quia nempe advenæ convivio excipiantur, juxta Beſold. *d. l.* Origo der geſchenckte Handtwercke.

XXIV.

Minime quoque ferendum eſſe arbitror, quod quorundam vilium hominum, veluti Linteorum, tonſorum, balneatorum, tibicinum, opilionum, & molitorum liberi in tribum aliquam mechanicam non recipiuntur. vid. Receſſ. Imp. *de anno 1548.* &c. *de anno 1582.* ibi: Keiner verachteter Leüte Kinder / alß Feldſchäffer / Bachmöller / Leinweber / Pfeiffer / Bartſcherer / Badtſtüber / mögen die Gilde gewinnen; & porrò: So wollen wir ſolche beſchwärliche Gebräuche hie mit auffgehebet / und verniciſtet haben. Anton. Matthæi *in Colleg. Pandectar. diſput. 8. n. 15.* Beſold. *in d. diſſert. jurid. pol. de jure Colleg. c. 2. n. 2.* Carpzov. *l. 6. th. 10. Reſponſ. 99. n. 4.* Irrationabilis eſt cõſuetudo, quæ quorundam vilium hominũ liberos in tribum recipi vetat.

XXXV.

An jure infamibus annumerentur executores juſtitiæ, quos vulgus carnifices vocat, dubium videtur. Si enim honeſtum ſit, judicem ſententiam in ſceleratos ferre, itemque ſi honeſtum ſit, ſceleratos punire; & contra inhoneſtum, virum morte dignum dimittere, cur non & juſtum ſit atque honeſtum eandem ſententiam exequi? Judicio Bodini *l. 3. de Rep. c. ult.* adeò infames non ſunt, ut etiam in ordine civium præferendi ſint Pictoribus, Pigmentariis, Tibicinibus, Hiſtrionibus, Agitatoribus, Ludionibus, Pantominis, Scenicis, & Mangonibus: quod illi civitatibus planè ſint neceſſarii, iſti verò ſordidiſſimis artibus turpiumque voluptatum efficientibus non modò civium mores corrumpunt, verum etiam civitates ipſas evertunt. Judicandum itaque ex lege & ratione, quid hone- Executores juſtitiæ nõ ſunt infames.

 honeſtum ſit, quid turpe, non ex opinione hominum, quæ errare poteſt.

XXXVI.

Irrationab. eſt conſu. quando ob id quod cū carnifice bibit opificium alicui prohibetur.

Hinc dilucidè apparet, eſſe irrationabilem conſuetudinem, quando Collegia Opificum alicui, ob id, quod cum carnifice edit, bibit, vel alio modo converſatur, opificium prohibent. Dn. Richter, *part. 2. Deciſ. 8. n. 20.*

XXXVII.

Nec non quæ carnifices primo Ictu à nece aberrantes ſaxis petere vult.

Proſcribimus etiam illam tanquam iniquam conſuetudinem, quæ carnifices in ipſo actu deficientes, neque uno icto rem peragentes lapidibus obrui à populo vult. Tholoſ. *in Syntagm. jur. univerſ. L. 31. c. 38. n. 7.* Damhauder. *in prax. Crim. c. 155. rubric. de Carnif. n. 12.*

XXXIIX.

Conſuetudo quæ furem rupto laqueo liberare vult reprobatur.

Neque majore ratione nititur illa conſuetudo pernitioſa, quâ furem qui rupto laqueo cecidit in terram, liberari inde debere autumant. Denuo enim ſuſpendendus eſt; quia ſententiæ, quæ hunc in modum ferri ſolet: Er ſolle mit dem ſtrang vom Leben zum Tode gerichtet werden/ nondum ſatisfactum. Fractio enim laquei poteſt contingere, vel per fraudem commiſſam, vel ex debilitate funis, vel per incantationem, vel dolo & colluſione Carnificis, ita, ut non neceſſariò miraculum arguatur. Ungepaur. *13. Exercitat. Juſtin. qu. 5.* Non minus & illa reprobanda conſuetudo, quando fures, & alii ad capitis pœnam damnati ad petitionem puellæ in matrimonium poſcentis à pœna liberantur. Körnemann. *de jur. virg. c. 55.*

Quando ad petitionem puellæ damnati ad pœnam capitis liberatur.

XXXIX.

Æquè quod nec illa conſuetudo ſubſiſtere poſſit, videtur Antonio. Matth. *in d. Coll. ff. diſp. 8.* quæ infamiam

ſele-

relegatis, ordine motis, ob delictum aliquod perpetratum, honoribus publicis fungi prohibitis, nec non fuſtibus cæſis, irrogat, quorum tamen neminem infamem eſſe ex *l. 12. ff.* de Decurionib. *l. 5. §. 2. ff. de extraord. cognit. l. 22. ff. de his qui not. infam.* ſatis ſuperque demonſtrari putat. Inſuper etiam jus noſtrum nullos infames declarare, niſi quibus edicto vel alia aliqua lege infamia irrogatur *l. 1. ff. de his qui notantur infam. l. 43. §. pen. ff. de ritu nupt.* Opinio ergò hominum neminem horum infamem faciet *l. 13. l. 14. l. 17. l. 19. C. ex quib. cauſ. infam. irrogatur.* Quod ipſum an & quomodo defendi poſſit, in diſcurſu data occaſione experiemur.

An illa conſuetudo valeat, quæ relegatis ordine motis & fuſtibus cæſis infamiam irrogat.

XL.

Ejuſdem farinæ eidem eſt cum præcedenti, quæ Spuriorum famam minuere ſatagit, eoſque excludit ſive ejicit ex tribubus mechanicis, cum tamen crimen paternum non poſſit liberis maculam infligere *l. 26. ff. de pœnis. C. unde cunq; diſt. 56. Jezech. c. 18. v. 20.* peccataque ſuos tenere autores, nec ulterius progredi metum, quàm reperitur delictum *l. 22. C. de pœn.* Quod infamibus non patent portæ dignitatum *l. 2. C. de Dignitat.* Spuriis autem patent *l. 3. §. 2. l. 6. ff. de Decurion.* Sequitur ergò illos infames non eſſe ex ejuſdem Matthæi ſententia, quam Gualterus Palæottus in *tr. de Spuriis c. 55.* tàm naviter defendit, ut non immeritò Bachovio propriam cauſam defendere videatur.

An quæ ſpuriorum famam minuit,

XLI.

Pariter & conſuetudinem legibus & rationibus adverſam idem exiſtimat, quæ infames pronunciat eos, quos ex concubinatu natos eſſe conſtat; quoniam nihil admiſerunt, quod dignitatem ipſorum impedire poſ-

An quæ infames pronunciat eos qui ex cõcubinatu nati ſunt,

16

ſit, *d. l. 3. l. 6. ff. de decurion*: & etiam ex conjunctione jure Civili permiſſa nati ſunt *l. 3. ff de concub. l. unic. C. eod. l. 28. l. 29. C. ad L. Iul. de adult.* Cum pugnare videantur inter ſe concubinatum eſſe permiſſum, liberos tamen inde naſci infames. Imò eo progreditur hic Autor, ut adſeverare audeat, non ſolum illos non eſſe infames, qui naſcuntur ex illegitimo coitu, ſed & propterea minus rectè Ordinationem cameræ Imper. illos ab aſſeſſura, procuratione & advocatione repellere *part. 1. tit. 3.* §. Deßgleichen *& part. 1. tit. 18. in pr.* ac Licentiæ Doctoris gradus in quibuſdam Academiis illis denegare. Quod defendi non poſſe, in diſcurſu demonſtrabimus.

An rectè arceri poſſint Spurii & ex illegitimo coitu nati à doctorali dignitate.

XLII.

Quid ſi per ſubſequens matrimonium legitimati ſint.

Quando autem ejuſmodi conſuetudines nimis latè extenduntur, citra omne dubium nigro notandæ lapillo; v. g. ſi extendantur ad legitimatos per ſubſequens matrimonium, qui tamen cum matrimonium ſubſequens omnia vitia purget, planè non differunt à cœteris legitimis *Nov. 74. & 89. c. 1.* Aut ad illum, qui carnaliter ſe cum virgine, quam poſtea in uxorem duxit, commiſcuit, cum tamen de jure Civili ſponſalia ſint matrimonium ſeu nuptiæ, utpote, quas non concubitus, ſed conſenſus faciat. *l. 4. de ſponſal. l. 30. ff. de R. I.*

XLIII.

Non toleranda conſuetudo, qua ob contractum æs alienum arreſtantur defunct. corpora.

Porrò & illam relegamus conſuetudinem, quâ quibuſdam in locis cadavera mortuorum ob contractum æs alienum arreſtantur, & ſepulturâ prohibentur, tanquam crudelitatis ac belluinæ feritatis plenam. Nam vix ignominioſiùs & ab omni humanitate alienius, imò quod vitam communem magis offendat, excogitari poteſt, quam hoc. Etenim non minus humanum eſt mortuos ſepelire

lire, quam vivos conſervare. Neque facile ullum hoſtium tam immanem & barbarum fuiſſe, legimus, qui cæſos ſepulturæ non mandaverit. Itaque juſtiſſimè pœna amiſſionis debiti & quadraginta librarum auri, & ſi ſolvendo non eſt, corporalis in hujuſmodi Vultures ſanſancita pœna *l. cum ſit 6. C. de ſepulcr. viol. l. 27. in pr. ff. de condit. inſtit.* Gail. *in tr. de Arreſt. Imper. c. 11. n. 28.* Weſemb. *in par. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Dn. Brunnemann. *in Comment. Cod. add l. ult.*

LXIV.

Irrepſit quoque in patriam noſtram peſſima hæc conſuetudo, qua & inviti & nolentes ſub dulci ſanitatis alicujus Principis, & viri magni, vel etiam ſexus ſequioris prætextu ad ebrietatem & æquales hauſtus urgentur. Et pro cautela hoc habent Potatores hodierni, ut ſi quem ſobrium alio modo inducere non poſſint, incipiant hauſtum ſalutis bibere, & ſi quis hoc recuſet, illud Græçorum obtineat; aut bibe, aut abi. Imò ſæpè comminatine compellitur. Sed quoniam ejuſmodi potatores contra Juſtitiæ diſtributivæ regulas, imò contra monitum Divini Numinis agunt *Eſaiæ 5. v. 11.* ibi: *Væ qui ſurgitis mane ad ebrietatem ſectandam, & potandum uſq; ad veſperam, ut vino æſtuetis:* & multorum ſanitas, poſtquam illi hauſtus ſanitatis invaluerunt, in periculũ adducta vel plane erepta eſt, ideoque relegamus illum morem ad orcum. vid. Bodin. *lib. 5. de Rep.* & Receſſ. Imper. *de anno 1500. t.* vom zutrincken & *Receſſ. Imp. A. 1512.*

Improbatur conſuetudo, quâ ſub dulcis ſanitatis prætextu ad ebrietatem cogimus.

XLV.

Nec non illum inter pocula amicitiam contrahendi morem reprehendimus, cum plerumque ignoti ſint, qui ineant talem familiaritatem. Repugnat autem naturæ

Mos ille inter pocula amicitiam contrahendi improbatur.

 turæ amicitiæ, quæ convictum & crebram converſationem (abſque qua neque commodè de alteriùs ingenio, virtute & vitiis nobis conſtare poteſt, neque mutua officiorum communicatio, quæ præcipuus amicitiæ uſus eſt, declarari poteſt) explorationem ingenii & virtutis (cum ſæpè anguis in herba lateat) conſultationem & deliberationem ſufficientem requirit. Non raro enim uſu venit amicitiam iſtam vitream eſſe, in ipſoque momento, quô nomen amicitiæ dederunt, contrahentes, criminationes & calumnias exſpuere, imò à verbis ad verbera deſcendere.

XLVI.

Mos Germanorum quò privatas inimicitias perſequebantur, eſt ſublatus.

Quemadmodum antiqua illa Germanorum conſuetudo meritò tanquam prava, Lege ſalutari reprobata & exſtincta èſt, quâ privati & ſuas & ſuorum inimicitias privatâ ultione proſequebantur. Qui enim unum ex propinquis, omnes adverſarios habebat, adeo ut ſi quis occiſus vel vulneratus eſſet ab aliquo, illicò, propinqui, affines & amici illius advolabant, ſuam & ſuorum injuriam vindicaturi. Lehemann. *in Chron. Spir. lib. 7. c. 89. & 90.* Johan. Jacob. Speidel. *in not. jurid. hiſtor. pol. verb.* Fauſt und Kolbenrecht/ *jung. Reform. Frid. III. Imperat. de anno 1442:* §. zum erſten. Ita etiam meritò conſuetudo illa, quæ nonnullis in locis provocationem ad duellum impunè concedit, tanquã Juri Divino & quieti & ſaluti publicæ repugnans penitus eradicanda eſt. Illi enim actus, per quos Divini Numinis fit tentatio, & per quos innocentes ſæpè damnantur, qualis eſt duellũ, ſunt illiciti, *c. monomachia 2. qu. 4. c. 22. qu. 2. Matth. 4.* Imperator itaque noſter Iuſtinianus per legitimos tramites calumniantium iniquitates expelli juſſit *in pr. pro-*

Provocationes ad duellum non ſunt permittendæ.

pr. proëm. Inſt. Ideò enim judiciorum juriſque publici tutela in medio eſt conſtituta, ne quiſquam ſibi ipſi permittere valeat ultionem *l. 14. C. de Iudæis.* Quamdiu ergo Magiſtratus lites ſua juriſdictione componere poſſunt, tamdiu ad arma & rixas procedere pati non debet, *l 13. §. æquiſſ. ff. de uſufruct. & quemadm. quis utat. fruat.* vid. Anton. Maſſa *contra uſum duelli*, Bocer. *de duello & omnino Conſtitutionem* Sereniſſimi Ducis Auguſti Brunſvicenſ. ac Luneburg. *de anno 1646:* Wegen des Außfoderns/ Rauffens/ Balgens und Kugelwerlens.

XLVII.

Cingarorũ peregrinationes per noſtras provincias ſunt valdè noxivæ.

Enorme quoque damnum ſentit noſtra Reſpublica à vagabundis cingaris, qui per agros noſtros gregatim beſtiarum more vagantur. De quorum primo acceſſu Albert. Cranzius *lib. 11. Sax. c. 2. ſcribit: Cum ageretur à Chriſto annus decimus poſt mille quadringentos, apparuêre in his noſtris maritimis locis ad mare Germanicum homines nigredine informes, excocti ſole, immundi veſte, & uſu rerum omnium fœdi, furtis imprimis acres.* Et Aventinus *lib. 7. annal. Bojar. Eâdem*, inquit, *tempeſtate ſcilicet circa annum 1438. furaciſſimum illud genus hominum, colluvies ac ſentina variarum Gentium, quæ in confinio Imperii Turcarum atque Vngariæ habitant ſub Rege Zindelone, noſtras peragrare cœperunt regiones, furto, rapina, ac divinationibus impunè prorſus victum quæritant; Ex Ægypto ſe eſſe mentiuntur*, &c. Hinc facilè dijudicandum quod nihil proſint iſti homines, ſed fraudibus ac technis populum ſeducant. Ideoque proceres noſtri imperij quidem ſaluberrimis Conſtitutionibus, quæ videri poſſunt in *Ordin. Polit. Francof. de anno 1576. & in Ord. Pol. Carol. V. de anno 1551.* hunc migrandi morem prohibuerunt, interim ta-

men

men experientia docet, illas non obſervari. vid. Edictum renovatum à Sereniſſimo Principe Auguſto de Anno 1597. Wegen der Gardenbrüder / Betler / Zigeuner / und dergleichen unnötigen Geſindes.

XLIIX.

Mendici validi non ſunt tolerandi in bona Republica.

Simile infortunium metuendum à mendicis Validis, qui inani dediti ſegnitiei, omnemque cœli & hominum injuriam perpeti, quam laborare, aut in Xenodochijs ſtipe contenti vivere malunt. Benè laudabiliterque igitur Magiſtratus agit, ſi hujuſmodi inutilia civitatum pondere, aut ad labores cogat, aut exire jubeat, juxta *Conſtit. Imper. de anno 1577. ſub tit.* Von Betlern und Müſſiggängern.

XLIX.

Neq; Scurræ, incantatione ſortilegioque infames.

Nec tolerandi ſunt in bona Republica Scurræ, quos vocamus, Land oder Spitzbuben / incantatione ſortilegioque plerumque infames, ut ſunt, die Nachweiſer / Segenſprecher / Zeichendeuter / beſchwerer &c. quorum artem vaniſſimi cujuſque ludibrium rectè Curtius dicit.

L.

nec Lenones.

Eliminanda etiam eſt illa inboneſta ac improba conſuetudo, quæ à vicinis Regnis ac provincijs ad noſtras derivata, quâ pudicitia & virginitas ob turpiſſimum & nefandum quæſtum in lenocinijs promercales habentur à peſſimis utriuſque ſexus hominibus, qui certè indigni ſunt civium nomine, & procul à civitate arcendi, cum illorum conſortió boni mores depraventur, & caſtitati, & legibus inſidiæ parentur, & præprimis Deus Ter opt. Max. quam graviſſimè offendatur. vid. Sereniſſ. Principis Auguſti Conſtitutio, von Ehebruch und Hurerey.

Silentio porrò præterire non poſſum conſvetudines ſeu corruptelas potius, quas Carolus V. Imper. *in Conſtit. Crim. art. 218.* von Mißbräuchen und böſen unvernünfftigen gewohnheiten abrogari juſſit, non tamen ubique eas ſublatas eſſe videmus. Invaluit enim in pleriſque locis maritimis Germaniæ, Galliæ, Hiſpaniæ & Angliæ barbara conſuetudo, ut res naufragio amiſſæ Magiſtratui loci cedant. Luc. de Penna *ad l. 1. C. de Naufrag.* Sixtinus *de Regal. Lib. 2. c. 3. n. 91.* Grammond. *hiſtor. Gall. lib. 16. ad annum 1627. p. 716.* Bodin. *de Rep: c. ult.* Spangenberg. *in Chron. Querfurt. lib. 2. c. 26.* Rectè ergô Fridericus *in auth. Navigia C. de furt.* & Impp. Adrianus & Conſtant. *l. 7. ff. de incend. ruin. naufr. & L. 1. C. de Naufrag.* eam reprobarunt. Et Jus Canonicum evidentem hujus conſuetudinis irrationabilitatem deprehendens excommunicationis fulmine illos ferit, qui naufragium paſſos ſpoliant. *c. excommunicationi X. de Raptor.* plus enim quam barbarum eſt illum, cujus fortunæ miſerè naufragio perierunt, & quem noſtris opibus ſublevare humanius erat, reliquijs ejus ad littus ejectis ſpoliare, & ex aliena calamitate lucrum captare *l. 1. C. de Naufrag. &* Sic afflicto afflictionem adaugere. *l. 14. ff de offic. Præſ. vid. Grot. de I. B. & P. lib. 2. c. 7. Peck. ad L. Rhodiam de jact. ibiq. Vinn. in not.*

Quæ naufragiū paſſis bona surripit eſt irrationabilis conſuetudo.

LII.

Licet autem hæ leges juſtiſſimæ ſint, ita ut transgreſſores rectè puniantur; nihilominus interdum hanc conſuetudinē non eſſe damnandam fateor. Si nempe in Regione aliqua aut Provincia v. g. in Gallia recepta & uſitata ſit conſuetudo, quæ bona naufragio amiſſa Germanorum, Magiſtratui illius loci vindicet, tunc jure Talionis Germani

Interdū eſt rationabilis.

 mani contra Gallos eandem conſuetudinem introducere poſſunt; quis enim aſpernabitur idem jus ſibi dici, quod ipſe dixit aliis *l.1. in pr. quod quisq. juris.*

LIII.

Non valet conſuetudo quando Magiſtratus bona furto, aut vi ablata apud furẽ deprehenſa ſibi retinet.

Nullâ nititur æquitate conſuetudo, ut ſi res furtivæ, vel vi ablatæ apud furem raptoremve deprehenſæ, domino, ad quem verè pertinent auferuntur, neque ei, cui ſublatæ ſunt reſtituuntur, ſed confiſcentur: non enim ſine facto noſtro, id quod noſtrum eſt, ad alium pervenire poteſt. *l. traditionibus C. de pact. l. alienum C. de furt.* Ejuſdemque farinæ eſt cum præcedenti. Si curru inverſo homo interficiatur, ut currus, quadriga & omnia bona, quæ vehuntur, cedant Magiſtratui.

LIV.

Edictum quod ſubditis venationem ſub capitis pœna prohibet non eſt laudãdum.

Non minus, quam hactenus dicta, irrationabilem conſuetudinem redolere Edictum illud, quod ſubditis venationem ſub capitis periculo in quibuſdam locis prohibet, aliquorum opinio eſt; cum, quæ jure naturali nullius ſint, occupanti meritò cedant *§. feræ, Inſt. de R.D.* nec Princeps jura naturalia tollere poſſit *§. pen. I. de I.N. G. & C.* Quin etiam ipſam ſacram ſcripturam Principibus obſtare putant, quæ omnibus hominibus indifferenter, cujus ſexus vel conditionis ſint, dominium in feras tribuit, his verbis: *Dominamini piſcibus maris, & volatilibus cœli, & univerſis animantibus, quæ moventur ſuper terram. Gen. 1. verſ. 18.* quod etiam Ariſtoteles aſſerit *1. Polit. c. 8. Plantæ,* inquit, *ſunt animalium gratia, cætera animalia hominum cauſâ, manſueta quidem propter utilitatem & cibum, & alia adjumenta, ut & veſtes, & cætera inſtrumenta ex iis fiant.* Et Cicero *3. de Finibus circa finem.* Unde ait Chryſippus: *Cætera nata eſſe hominum cauſa & Deorum.* Verùm nos, ut lege

civili

civili reſtringi poſſit illud Imperium privatorum in fera animalia, negare non poſſumus, ita capitalia ſupplicia delicto vel non paria agnoſcimus: vel certè dura admodum eſſe dicimus; niſi præterea aliæ adſint rationes prohibendi, quarum multas concurrere poſſe extrà omne eſt dubium.

LV.

Neque illum morem intactum relinquere poſſum, quod nonnulli Comites Palatini, qui hoc titulo à Cæſarea Majeſtate donati, quorum hodie non exiguus numerus eſt, & officium habent cum eximia dignitate conjunctum, quoniam jus tale exercent, quod ad Regalia & quidem Majora ſpectat, hodie abutantur, nec ſatis expendant, quanti momenti illa ſint regalia, & quantopere Reipublicæ interſit, ne illa poteſtate malè utantur. Præſertim autem ille abuſus hodie apparet in Nothariorum creatione, cum ſæpè ad hoc officium admittantur, qui non ſolum nullam juris Civilis cognitionem habent, ſed ne congruè ſcribere poſſunt. Et hi ſunt veluti Pica & Pſittacus, qui ſtant in palatiis Dominorum & loquuntur ſine intellectu. Matth. Stephan. *de Iurisdict. lib. 2. c. 6. membr. 1.* Confer. Parthen. Litigioſ. lib. 1. c. 9.

Mos quô promoventur indigni ad officiũ Notariatus improbatur.

LVI.

Tantum de illis, quæ extra judicium, ſeu circa actus extrajudiciales irrepſerunt, dixiſſe ſufficiat; ſequuntur jam illæ, quæ in judiciis ſeu circa actus judiciales illaudabiles dici merentur. Hujuſmodi eſt, quando quibuſdam in Iudiciis Iudices munera accipere non recuſant, quæ tamen excoecant ſapientes, & ſubvertunt cauſas verbaque juſtorum. *Exod. 23. v. 8. Deut. 16. v. 19.* Unde Auguſtinus, *Lucrum in arca, damnum in conſcientia* appellare ſolitus eſt,

Conſuetudo irrationabilis eſt, venalẽ habere juſtitiam.

E 2 &Na-

 & Nazianz. *Lucrum ex ſcelere, arrham infortunii* ſimiliter pronunciavit: pecuniæ enim acceptio juſtitiæ veritatiſque eſt prævaricatio. *c. qui rectè, qu. 2.* Hinc non minus verè quam ſcitè Poëta canit:

Deviat à vero corruptus munere judex,
Falſidicumq; facit impia Gaza pium.

Et Cicero *pro Quint. Nullum officium*, inquit, *tam ſanctum invenitur atq; ſolemne, quod non avaritiâ gloriam obfuſcans, virtutes ac doctrinas obſcurans teſtimoniumque corrumpens, commovere atq; violare valeat.* Unde etiam proverbium Græcorum; *Si lanceis argenteis pugnaveris, & victoriam obitinebis, & ultra cæptum etiam progredieris*, ortum ſuum traxit. Imperator itaque Juſtinianus *Nov. 17. c. 1.* ſic reſcribit: *Oportet te purè ſumentem adminiſtrationem, & ſine omni ſuffragio præ omnibus aliis mundas ſervare Deo, Nobisq; & Legi manus, & nullum contingere lucrum. Nov. 82. c. 9. in f. Deus enim ubiq; eorum, qui judicant, & quibus judicatur, & qui teſtimonium præbent animabus, inſpector eſt; Nov. 90. c. 9.* Ideoq; tandem pœnam digniſſimam corrupti judices ſuſtinebunt, quæ in ſubſequentibus oſtenditur: Welcher Richter ůmb einiger Gabe oder Freundſchafft willen das Recht verkehret / dem wird daßjenige / ſo er nutzens davon bekommen / in Bitterkeit der ewigen Verdamnůſſe unaußbleiblich verwandelt werden. Sachſenſp. *L. 1. art. 26. in gl. ſub. n. 8.*

LVII.

Secundum affectus judicare pestis est in judicio.

Huc pertinet etiam, quando Iudices ſine juſta cauſa aliter jus reddunt in hac, quam in illa perſona, ſcilicet ex fervore vel odio perſonæ tantùm, vel ex alio principio, quod ab æquitate & juſtitia non comprobatur, exemplo Ananiæ Pontificis Hieroſolymitani *Actor. 23. v. 2. & ſeqq.*

quæ

quæ conſuetudo à judice longè abeſſe debet, *prov. 17. v. 15. & 23. it. c. 24. & 28.* Hoc ſecum ponderantes Romani, Conſiliariis & judicibus, referente Camerario *cent. 1. hor. ſucceſſ. c. 33.* ſequentem in modum jurandi formulam propoſuêre: Iuro per Iovem Olympium, & per Veſtam, per Iunonem Maritalem, & Minervam providam & Victoriam, atque per Amicitiam & Concordiam aliosque univerſos Deos Deasque, me ſententiam dicere velle ſecundum LL. & Conſulta à Civitate approbata, & ſecundum decreta Romanorum & Leges, quibus noſtra Reſp. adminiſtratur, in reſpectu utilitatis Patriæ, pro viribus meis, non aliter, quam is fecit, qui Senator fuit Laudatiſſimus patriæ ſuæ vel Romanæ vel Græcæ Civitatis, NEQUE GRATIA, NEQUE ODIO, NEQUE MUNERIBUS PATIAR SERVIRE JUDICIUM CONSULTUMVE MEUM, NEQUE PRIVATO ADDICAM SENTENTIAM MEAM, NEQUE ME ULLI PARTI, UT HOMINI ADJUNGAM, &c. Et apud Germanos peculiariter ſubſequens adhibetur: Ich ſchwere / daß ich wil nach meinem beſten Verſtande den Armen wie den Reichen gleich durchgehend richten / Fried und Recht beſchirmen und handhaben / weder Liebe / Neid / Gabe / Freund noch Feindſchafft anſehen &c. addatur Ordinat. Cameral. *p. 1. t. 13. §.* Es ſollen auch die Beyſitzer an ſolchen: ex quo luculentiſſimè apparet, quam ſevere Judici & Aſſeſſoribus Cameræ Spirenſis, & per conſequens omnibus reſpectus potentiæ, gratiæ & odii ſit prohibitus. Utinam cuilibet judici in mente ac ante oculos verſarentur illa verba, procul dubio injuſtitiæ nullus locus relinqueretur.

LVIII.

Commodè ſeſe hic offert locus dicendi de conſuetudine

21

Conſuetudo nonnullorum municipiorũ, quæ tantũ indoctos in Senatũ eligi jubet, eſt irrationabilis.

nonnullorum oppidorum, quæ viros doctos in Senatum aſſumere vetat, è contra imperitos ſimpliceſque viros, (gute ſchlechte bürgers Leute) in ordinem Senatorium allegari jubet; cum tamen nemo probè judicandi officio fungi poſſit, niſi expers ſit Legum, & conſuetudinum. *arg. auth. jubemus C. de Iudiciis.* quarum cognitionem nunquam ſibi compararunt indocti, ideoque ſæpiſſimè de illorum judicijs auditur illud Divi Auguſtini: *Ignorantia Iudicis calamitas plerumque eſt innocentis. lib. 19. de Civitat. Dei c. 6.* & illud Comici: *Homine imperito nihil injuſtius*, cum imperiti etiam nolentes ob ignorantiam lædant. Sunt quidam, qui experientiam teſtem citare audent, multos nempe fuiſſe literarum expertes, qui tamen æquiſſimè judicaviſſent: interim tamen negare non poſſunt, quod etiam ſæpiſſimè erraverint. Quàm periculoſum autem ſit talibus Reipublicæ & juſtitiæ adminiſtrationem committere, Imperator Iuſtin. *Nov. 8. in pr.* demonſtrat hiſce verbis: *Vitium eſt Reipublicæ peritis legum cauſas dijudicandas non tradere.* Inſtant quidem Imperiti Iudices, quod aliorum conſiliis uti poſſint: At *miſer ille eſt*, uti Arniſæus *l. 1. pol. c. 15.* loquitur, *qui ſemper alieno ex pectore ſapere, ac aliunde rectè judicandi formulam emendicare cogitur*: præſtabilius è contra eſt & honeſtius, propriis videre oculis; idcirco Iudex ſcientiâ Iuris & Legum, quibus ad cauſas dijudicandas opus habet, inſtructus eſſe debet.

Conſuetudo, quæ vult ut Peregrini Indigenis in officiis præferãtur eſt irrationabilis.

LIX.

Irrationabilis quoque eſt conſvetudo, quæ vult, ut Peregrini Indigenis in honoribus capiendis præferantur, etiamſi hi extraneis virtutibus præponderent, cum ſit contra Jus Divinum, Civile, Canonicum & rectam rationem,

quæ

quæ dictitat, quod Indigenæ plerumq; majori ſtudio & fide ex innata erga patriam charitate, commodum Civitatis promovere, ejuſq; damna avertere ſoleant, quam extranei, qui raro Reipublicæ ſtatū benè perſpectum habent, & quamvis habeant, plerumque tamen non parilem cum indigenis erga Rempublicam ejuſque membra favoris auram ſpirant, ejuſque ſalutem toto pectore ac ſeriò procurant, quemadmodum fuſius in diſputat. de jure indigenatus demonſtravi.

LX.

Non poſſum hîc in tactum relinquere illum morem, qui in quibuſdam Regnis & Ducatibus, fœminis regimen & conſequenter juriſdicendi facultatem tribuit, cum tamen earum regimen reprobetur, & maledictioni quaſi ſubjiciatur Eſaiæ *3. v. 12.* Judiceſque conſtitui nequeant *l. 2. ff. de R. I. l. 12. de Iudic.* imò pudori ac ſexui fœmineo non conveniat, virilibus officijs ſe immiſcere. *l. 12. ff. de edend. l. 2. ff. de Reg. Iuris.* At Populum regere ejuſque defenſionem ſuſcipere eſt virile officium *l. 18. C. de Procurat.* Ergò fœminæ à Regimine, & ab officio Judicis & omnibus muneribus publicis removendæ ſunt. Verûm hiſce non obſtantibus contraria ſententia verior exiſtimatur, præſertim ſi extra ordinem peculiaris virtus hunc ſexum tranſcendat; tunc illis hoc honoris emolumentum ſecundum plurimorum ſententiam non eſt invidendum. *Tholoſ. l. 7. de Rep. c. 11. ſect. 88.* Coraſ. *ad l. 76. §. arbit. n. 6. ff. pro ſoc.*

An ille in quibuſdam regnis receptus mos qui fœminis tribuit regimē ſit laudabilis?

LXI.

Irrepſit porrò in noſtra judicia peſſima quædam conſvetudo, quando Advocati ſe invicem injurioſis verbis onerant, & quamvis illa optima lege *Quiſquis C. de Poſtu-*

Conſuetudo quando Advocati ſe invicem calumnijs multiſque

Poſtulando, multisque alijs ſalutaribus conſtitutionibus ſit abrogata; rarò tamen lites ſine ejuſmodi jurgijs procedere videmus.

injurioſis verbis onerant, eſt illaudabilis.

LXII.

Reſtant quidem adhuc variæ nefandæ, & impiiſſimæ conſvetudines, quæ in judicijs inoleverunt, ut: Quando Magiſtratus ſæpè perſonas honeſtas ſine ſufficienti cauſa nimis properè in carceres conjiciunt, quo ipſo conjecti ſæpè jacturam famæ faciunt. 2. Quando lites penè immortales fieri ſinunt. 3. Quando alicubi etiam extra crimen læſæ Majeſtatis damnatorum bona omnia fiſco applicantur, liberis innocentiſſimis ad egeſtatem redactis &c. Quas omnes ob temporis anguſtiam ſub diſputationis incudem revocare non licet. Ideoque agmen hâc vice claudet controverſia: An, ubi manifeſta occurrit irrationabilitas, aliqua conſuetudinis eſſe poſſit autoritas, in tantum, ut indulgeat in præteritum, pœnamque delicti commiſſi mitiget, ſi accuſatus conſvetudine delinquentium ſeſe excuſet? Quod omninò videtur Dn. Grævæo *2. Concluſ. 8. conſid. 1.* Beſold. *in œcon. t. 3. & 4. lib. 1. ff. n. 28.* E contra Treutlerus id ipſum negat, eumque gravius puniendum eſſe autumat *p. 1. diſp. 1. th. 9. lit. b. cum alleg.* qui ex conſvetudine delicti pœnam ſibi mitigari velit. Verum præcavendum hîc eſt, ne cum Treutlero aſſvetudinem perſonæ cum conſvetudine loci confundamus, ut optimè animadvertit Bachovius ad Treutler. *d. loco.* De illa ſiquidem verum eſt, quod tantum abſit, ut axcuſet à pœna, ut potius eam augeat. *c. flagitia 32. q. 7. l. 3. in fin. C. de Epiſcop. aud.* unde & tertium furtum pœnâ laquei. *ſec. conſtit. Carol. artic. 162.* & ſolitus blaſpemari pœna mortis ex ſententia Dd. coercetur. Alex.

An irrationabilis cõſuetudo excuſet à pœna?

Conſil.

Conſil. 72. Vol. 1. Farin. *p. 1. de delict. quæſt. 20. n. 44.* Dn. Carpzov. *in Pract. rerum Criminal. p. 1. q. 45. n. 76. & 77.* Deinde diſtinguendum eſt: an factum ejuſmodi irrationabile hactenus impunitum fuerit ex recepta loci conſvetudine, quâ TANQUAM jure ſubnixus unuſquiſque licitum & juſtum ſibi exiſtimavit; quod nullo populi diſſenſu improbatum vidit; an verò ex vitioſa Magiſtratus adminiſtratione: illo caſu omnem omninò pœnam evitabit, qui factum ejuſmodi committit, quod licet ex ſe irrationabile, in ea tamen Republica, ubi pro conſvetudine & conſequenter pro jure obſervatur, tanquam non illicitum obtinet. Ita apud Ægyptios furtum, apud Perſas inceſtus, apud Hebræos polygamia, apud alias gentes alia hujuſmodi crimina uſu obtinuêre, quæ Chriſtiani magiſtratus, tanquam ſumma flagitia, ultore ferro proſequuntur, quæ tamen facta, quando ita mos erat, crimina non erant, *c. 32. q. 4.* Altero caſu circumſtantia facti excuſare poterit non à tanto ſed à toto, ut ait Bachov. *ad Treutl. d. l.* Nam quemadmodum alia magiſtratus eſt negligentia, alia conniventia, alia item ratio, ſi ad notitiam magiſtratus non pervenerit, alia verò ratio ſi magiſtratus in publicè delatos & de crimine aliquo accuſatos animadvertere noluerit; Sic concurrentibus his vel illis circumſtantijs, pœnam ordinariam ſæpius locum non habere cum Bachov. *d. l.* omninò ſtatuendum videtur. Quanquam enim ipſum Jus Naturæ, quod à delictis & criminibus ſanè abhorret in totum mutari non poſſit *§. pen. I. de I. N. G. & C.* quin ta-

 tia nullo jure impunita dimitti debeant, generi tamen pœnæ ex alijs cauſis etiam per diuturnam conſvetudinem derogari.

LXIII.

Hiſce evolutis, tandem, ne Benevoli Lectoris reprehenſionem potius quam applauſum mereatur hæc diſſertatio, properandum erit ad finem, in quo de remedijs, quibus pernitioſæ & irrationabiles conſuetudines abrogari debent, agere pollicitus ſum. Quod autem conſuetudines mutari poſſint, per ſe notum eſt, tum experientiâ, tum ex naturali conditione rerum humanarum.

LXIV.

Conſvetudo ex juſta cauſa abrogari poteſt.

Non tamen pro cujuſque lubitu fieri debet innovatio ſeu mutatio iſta; meritò enim hoc ipſo reprehenduntur Romani, teſte Conan. leges antiquos, quæ bono & æquo nitebantur, privatorum quorundam odio vel gratia pervertentes; verum ex juſta cauſa, quæ publicam autoritatem reſpicit, idipſum fieri debebat. *l. 5. ff. de decret. ab ord. fac. arg. l. 2. C. de Conſt. Princip.*

LXV.

Irrationabilis conſvetudo radicitus evellanda eſt.

Quando conſtat ex prævia diligenti inveſtigatione, conſvetudinem ſapere irrationabilitatem aut improbilitatem aliquam, publica utilitas efflagitat, ut emendetur aut radicitus evellatur, *c. mala. diſt. 8.* Neceſſe enim eſt ut conſvetudo in recta ratione fundata, & propter laudabilem finem introducta ſit, nihilque abſurdi contineat, nec ullam delinquendi præbeat occaſionem, cum juris ſpecies ſit, quæ, tantùm abeſt, ut iniquitatem ſapere aut peccatum inducere debeat, ut potius ſemper juſtum & æquum recteque faciendi ſtudium meritò pro norma habeat.

LXVI. Si

LXVI.

Si verò res ita mutentur, ut ceſſet ratio & finis conſvetudinis, ſeu ut conſvetudo inciperet eſſe moralis occaſio peccandi, vel aliter nociva communi bono Reipublicæ, tunc tolli & mutari poteſt 1. Lege Superioris, Illi enim ſicuti in legibus condendis ſemper debet eſſe propoſitus finis, ut publica ſalus conſervetur; ita etiam in jure conſvetudinario ad eundem ſcopum collimare debet, ne pravis moribus aliquid contra publicam ſalutem introduci patiatur. Si autem introducta ſit, non habet vires, niſi ex voluntate ſaltem tacita ejus, qui poteſt legem ferre; Ergo per eandem voluntatem contrariam poterit revocari, & vires amittere, ac contrarium præcipi. Nam ſi Princeps per poſteriorem legem poteſt revocare priorem, per expreſſam voluntatem â ſe factam; quidni poterit revocare conſvetudinem tacitâ voluntate ſuâ introductam per poſteriorem legem & voluntatem expreſſam.

Abrogari poteſt 1. Lege Superioris.

LXVII.

Sed nihil intereſt, an illa Lex ore prolata ſit ab habente poteſtatem, an in ſcripturam redacta; ſi modò in cognitionem populi venerit; tum enim ſtatim naſcitur obligatio Legis, & deſinit obligare conſvetudo. Cui obſtare videtur *tit. de feudi cognit.* ubi dicitur, Legum Romanarum non eſt vilis auctoritas; ſed non adeò vim ſuam extendunt, ut uſum vincant aut mores. Cujac. ibi id intelligit de conſuetudine in contradictorio judicio confirmata. Alij dicunt, illam legem loqui de locis

Nô obſtat tit. de Feudi cognit.

ceptantur, & in illis locis dicitur, præferendam Legibus eſſe conſuetudinem. Sed ille textus non eſt contra meam aſſertionem, loquor enim de irrationabilis & pravæ conſvetudinis abrogatione; dictus verò textus de laudabili conſvetudine. Tum ſenſus facilis illius teſtus eſt, annuente Gloſſa, quod hoc ſit ſpeciale in feudorum materia, in qua proprie conſvetudines ſunt ſervandæ, non obſtantibus legibus aliter diſponentibus.

LXVIII.

Dixi per Legem Superioris abrogari poſſe pravam conſuetudinem, ubi tamen notandum, quod per ſuperiorem non tantùm is, penes quem τὸ κύριον eſt in Republica ſignificetur, ſed etiam quilibet Princeps & ſtatus Imperii Germanici, qui analogam Majeſtati imperat. poteſtatem habet in ſuo territorio; omnesque & ſinguli, quibus ſtatuta Legesque condere ex ſpeciali ſuperioris conceſſione licet.

LXIX.

Si contra Legem naturalē ſeu divinā ſit conſvetudo introducta an tum nihilominus expreſſa lege abrogari debeat?

Quamvis vero non ſemper opus ſit nova Lege abrogare conſuetudinem, ut quando introducta contra Leges naturales; quæ præter legem poſitivam vim obligandi habent à Deo ſummo Legislatore, ita ut qui eas violarit, contra ejus voluntatem egiſſe cenſendus ſit, nec dubium eſt, quin penes eundem ſit violationem legis naturalis, quâ talis, vindicare. Quia tamen non omnibus hominibus ineſt ea modeſtia, ut ſolâ reverentiâ divini numinis ea agant, quæ recta ratio jubet, & fugiant, quæ illa prohibet, ſæpè non ſufficit Lex naturæ;

ſed

ſed neceſsè eſt, ut poſitiva accedat; quæ in ſpecie determinet, quâ pœna violatores Legum ſint puniendi. Qui itaque contra talem legem agit, inducendo contrariam conſuetudinem, pœnam definitam incurrit.

LXX.

Porrò per diſſuetudinem ſive contrariam conſuetudinem abrogationem fieri poſſe indubium eſt. Quorum enim eſt inducere conſuetudines, illorum etiam eſt abrogare, in contrariis quippe voluntatibus plus unâ valere nequit, unde noviſſima ſemper ſervari ſolet *l.12. §.1. ff. de Leg.1. l.12. C. de pact.* quod itidem valet in conſuetudine per ea, quæ habet Daſſel. *ad Conſu. Lun. c.10.* Interdum quoque per deſuetudinem abrogatur, & abrogari poteſt *l.23. ff. de LL. in f.* Factis enim contrariis non ſemper opus eſt, ſed ſufficit conſuetudinem non ſervari.

2. per contrariã conſuetudinẽ.

3. per deſuetudinem.

LXXI.

Tantum de remediis; quibus proprio motu, prout publico bono expedit, nulla propoſita actione & nemine petente, pravæ conſuetudines abrogantur. Sequuntur jam remedia, quibus ad petitionem quorundam mutari ſolent. Illa autem conſiſtunt in Actionibus. Quæ licet pro conſuetudinum varietate variæ ſint, tamen omnes vel ex jure Perſonarum, vel ex jure Rerum deſcendunt *§.1. Inſt. de Act.* Ius Perſonarum producit actiones præjudiciales, quæ inſtitui poſſunt ab illis, quibus mala conſuetudine movetur quæſtio ſtatus. Ius Rerum tam actiones reales; quam perſonales producit, quæ pro

4. Actionibus.

 vero denegatæ juſtitiæ ad extraordinaria remedia recurrendum: Et hæc non quidem pro materiæ dignitate, ſed ratione inſtituti & temporis protuliſſe ſufficiat; ſi quæ fortè minùs bella & dextra videantur, Benevolum Lectorem rogo, ut ea dextrè interpretari velit.

Μόνῳ τῷ Θεῷ δόξα.

EPI-

EPIGRAMMA.

SÆpè bonas leges recto contraria vertit
Conſuetudo, ſuam tempore nacta fidem.
Hanc doctè impugnas, ſed fors non incidit ille
Mos malus & noſtris vix benè notus avis.
Mos malus, immeritis cum ſummi dantur honores,
Et cingunt ſtupidum laurea ſerta caput.
O! aliquis contra hunc morem mihi diſputet, ut non
Serpat is & vires colligat inde ſuas.
Te ſtudio & virtute Tua quos carpis honores
Iam dudum cuncti demeruiſſe ſciunt.
Prima Tuam excoluit mentem bene ſedula nutrix
IEHNA & præclaris nota GIESSA viris

Optimus hic mos eſt, hæc conſuetudo probatur,
Vt cedant doctis præmia digna viris.

Clariſsimo Domino Candidato teſtandi ſingularis affectus ergò ſcr.

HENRICUS MEIBOMIUS
D. & PP.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE